

03/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE  
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL**

**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Senhor Presidente, Prezados Colegas, Senhoras Ministras, cumprimento os ilustres Advogados que estiveram na tribuna e que se pronunciaram nos autos - inclusive com comentários aos planos, que apreciarei em breve -: Doutores Luiz Henrique Eloy Amado, Daniel Sarmento, Lucas de Castro Ribas, Paulo Machado e Guimarães, Pedro Sérgio Vieira Martins e Gustavo Zortéa da Silva, pela Defensoria-Geral da União; e Doutoradas Juliana de Paula Batista - pelo ISA -, Gabriela Araújo Pires e Júlia Melo Neiva. Cumprimento, muito particularmente, o Ministro José Levi Mello do Amaral Júnior, Advogado-Geral da União, e o eminente Senhor Procurador-Geral da República, Doutor Augusto Aras.

Presidente, nenhuma das partes envolvidas deu maior destaque ao cabimento da ação, tampouco vou gastar muita energia nesse tópico, porque me parece fora de dúvida o cabimento da ADPF nesta hipótese. Há preceitos fundamentais em jogo, estamos falando do direito à vida, do direito à saúde e do direito de as comunidades indígenas viverem de acordo com suas tradições culturais. Existem atos do poder público que, na petição inicial, foram apontados como insuficientes, alguns como inexistentes, e há preenchimento do requisito da subsidiariedade na medida em que não há outra ação direta apta a acudir os pedidos aqui formulados.

Quanto à legitimação ativa, faço uma breve referência, Presidente. Evidentemente, os partidos políticos que propõem a ação têm legitimação universal e, portanto, fora de dúvida seu direito de propositura. Merece breve destaque - embora na linha da evolução da jurisprudência do Supremo - a admissão da participação da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - APIB, que representa legitimamente as comunidades indígenas e - assim entendi - beneficia-se da flexibilização

## ADPF 709 MC-REF / DF

de nossa jurisprudência na caracterização do que devemos entender como entidades de classe para fins de propositura de ação direta.

Como todos sabemos, em um primeiro momento, por algum tempo se entendeu como entidade de classe apenas o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica ou profissional. Porém, nos últimos tempos, temos tido precedentes - um, meu mesmo, outro, do eminente Ministro Marco Aurélio - em que passamos a admitir também entidades representativas da defesa dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis. Ainda que assim não fosse, no caso específico das comunidades indígenas, aplicar-se-ia o artigo 232 da Constituição, que tem a seguinte dicção:

"Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo."

De modo que, Presidente, não teria dúvida, nas circunstâncias, de reconhecer também a legitimação ativa da APIB.

Por essa razão, Presidente, entendendo que essa seja matéria tranquila para todos, passo diretamente à questão de mérito.

Minha decisão vai ser relativamente breve, porque é uma ratificação de cautelar a qual todos já tivemos conhecimento e que, salvo alguns pontos específicos que vou enfrentar, tem a concordância de todos os envolvidos.

Gostaria de pontuar que minha decisão cautelar se assentou em três premissas que considero importante enunciar. A primeira delas é o princípio da prevenção ou da precaução. Nas matérias que envolvam a vida e a saúde das pessoas, a jurisprudência do Supremo é relativamente tranquila no sentido de que se adotem todas as medidas protetivas cabíveis, desde que razoáveis e proporcionais.

A primeira preocupação que me moveu foi a proteção da vida e da saúde desses grupos, inclusive pelo risco de extinção de etnias caso a doença se espalhe de forma descontrolada. Essa foi, portanto, a primeira premissa da decisão: salvar o maior número possível de vidas e preservar etnias. Tratava-se de vida e saúde e os princípios da precaução e da

## ADPF 709 MC-REF / DF

prevenção recomendam o máximo de cuidado razoavelmente ministrável.

A segunda premissa de minha decisão, Presidente e eminentes Colegas, foi estabelecer um diálogo institucional. A concretização das políticas públicas aqui necessárias depende diretamente da atuação da União Federal, por intermédio do Ministério da Saúde e, inclusive e sobretudo, das Forças Armadas. Registro que as Forças Armadas já vêm atuando em alguma medida no enfrentamento da pandemia, na entrega de cestas básicas, suprimentos e materiais de saúde a diversas comunidades indígenas.

Disse isso em minha decisão e reitero que a participação das Forças Armadas - inclusive para instalação de barreiras sanitárias - é indispensável. Registro aqui - o Ministro José Levy do Amaral já tocou nesse ponto - também depoimento pessoal de ter comparecido à Região da fronteira Norte do Brasil, a convite do Ministro da Defesa, General Fernando Azevedo Silva, que honrou o Supremo na assessoria do nosso Presidente, Ministro José Dias Toffoli. A meu pedido, fomos interagir com uma comunidade indígena yanomami. Fomos a São Gabriel da Cachoeira e a Maturacá, onde existe um pelotão de fronteira. Lá, pude testemunhar - preciso dizer que com prazer e mesmo, orgulho - a relação de consideração e respeito com que esse pelotão de fronteira - oficiais militares lá estacionados - tratavam a comunidade indígena. Inclusive, diversos integrantes do pelotão, portanto, diversos militares, eram indígenas ou pessoas que tinham ascendência dessa natureza. O País anda com tanta notícia ruim que gostaria de dar esse depoimento extremamente positivo, para que as pessoas saibam que há um trabalho bonito e bem feito na região de fronteira, não apenas para proteção da soberania nacional, mas também integração com as comunidades indígenas que assim desejam. Penso que essas comunidades também têm todo o direito de optarem pelo isolamento que, de certa forma, é a melhor maneira de preservar sua cultura e tradições, sem contaminação com a civilização, cuja cultura envolvente, muitas vezes, é devastadora para essas comunidades.

## ADPF 709 MC-REF / DF

Prosseguindo no que queria dizer, não tem como o Judiciário elaborar esses planos e dar-lhes execução, e, por essa razão, o diálogo institucional entre os Poderes Judiciário e Executivo é imperativo.

Em meu caso específico, de longa data defendo em teoria e pude aplicar, na prática, a ideia de que, muitas vezes, melhor do que a ingerência direta é a instalação de um diálogo institucional em que se abra prazo para apresentação de planos e projetos e, depois, verifique-se e monitore-se o nível de satisfatoriedade e execução desses planos.

Essa foi a segunda premissa: estabelecer um diálogo institucional construtivo entre Judiciário e Executivo - no caso, mediado, com empenho e maestria, pelo Doutor José Levi do Amaral.

Preciso dizer que uma de minhas preocupações nesse caso e em minha decisão foi não me limitar a uma declaração de princípios, e, sim, empenhar-me para que alguma coisa efetiva fosse feita na maior extensão e da maneira mais célere possíveis. Por essa razão, em parceria com o Doutor Levi, pessoalmente falei com o General Augusto Heleno, do Gabinete de Segurança Institucional; com o Secretário Executivo, General Bastos; com a Ministra Damares Alves, e, anteriormente, havia falado com os Advogados das comunidades indígenas, Doutores Eloi, Daniel e Juliano.

A terceira e última premissa de minha decisão que gostaria de destacar, Presidente, foi estabelecer um diálogo intercultural entre nossa própria cultura e a cultura indígena, porque me parecia imprescindível para a solução adequada desses problemas. As comunidades indígenas têm que expressar suas necessidades e auxiliar o Estado na busca das soluções cabíveis e possíveis, inclusive porque é preciso ter em conta que as comunidades têm suas particularidades, peculiaridades e tradições culturais, muitas vezes, diversas. Há um certo antropocentrismo em que se condicionou achar que os índios são todos iguais, são a mesma coisa. Na verdade, são culturas e tradições diferentes, que têm o direito de vocalizar seus interesses e pretensões.

A participação das comunidades indígenas, a meu ver, além de decorrer de um princípio de justiça natural - porque estamos tratando da

## ADPF 709 MC-REF / DF

vida, da terra e da cultura deles - também decorre de tratados internacionais que determinam que sejam ouvidos e considerados em todas as questões que digam respeito a seus povos, conforme decorre da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Presidente, com base nessas três premissas - princípio da precaução e da prevenção, diálogo institucional e diálogo intercultural -, enfrentei os pedidos cautelares formulados na longa, detalhada e especialmente bem formulada petição inicial da IBI e dos partidos políticos.

Passo, Presidente, a expor e defender as medidas cautelares que me parecem bem deferir. É preciso fazer uma distinção - às vezes, não facilmente perceptível - de que havia pedidos cautelares de duas ordens, de duas naturezas. Na primeira categoria, os pedidos voltados à proteção das comunidades indígenas isoladas ou de contato recente - havia pedidos específicos em relação a elas. Os outros pedidos eram em relação às comunidades indígenas em geral. Ao enfrentar os pedidos, também os dividi nessas duas categorias.

Começo pelas medidas cautelares relativas aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente. Em relação a essas comunidades, a medida cautelar determinou a instalação de barreiras sanitárias que impeçam o ingresso de pessoas não pertencentes às comunidades indígenas nas áreas a elas demarcadas. Essa foi a primeira e, talvez, a mais importante decisão: a necessidade de instalação de barreiras sanitárias.

Porém, a mim me pareceu bem, em lugar de simplesmente determinar, em uma declaração de princípios que poderia se dissipar sem maiores consequências, a instalação de barreiras sanitárias, determinei à União que apresentasse ela própria, dentro do prazo de dez dias, um plano para a instalação dessas barreiras sanitárias. Evidentemente, a instalação de barreiras sanitárias envolve a identificação dos locais de instalação, do pessoal que vai ocupar essas barreiras e dos equipamentos necessários para essa providência.

Não me pareceu dentro da capacidade institucional em medida cautelar do Poder Judiciário fixar todas essas necessidades e demandas.

## ADPF 709 MC-REF / DF

Por essa razão, a opção tomada foi determinar ao Governo Federal que apresentasse um plano para a instalação dessas barreiras sanitárias.

Aí vem a segunda determinação: um plano que fosse elaborado ouvida a sala de situação. Essa foi a segunda determinação: a criação de uma sala de situação para deliberar acerca da gestão de ações de combate à pandemia, com a participação, evidentemente, da União - Governo Federal e representantes por ele indicados -, mas também de representantes das comunidades indígenas, do Ministério Público - indicado pela Procuradoria-Geral da República - e da Defensoria-Geral da União - um pouco como uma curadoria de grupos vulneráveis. Determinei o acompanhamento por uma assessora do meu Gabinete, e, por indicação e pedido do Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, também indiquei a Doutora Maria Thereza Uille Gomes, representando, digamos, institucionalmente, o Poder Judiciário e a comissão específica que existe no Conselho Nacional de Justiça para acompanhamento da questão indígena.

Essas foram as duas principais decisões. Na verdade, foram os dois pedidos e as duas cautelares que concedi: a apresentação de um plano para a instalação de barreiras sanitárias e a constituição de uma sala de situação com essa composição.

A sala de situação foi efetivamente composta. Infelizmente, a primeira reunião teve problema técnicos severos, quando a comunicação foi quase impossível. Determinamos um novo recomeço, digamos assim, em que a plataforma tecnológica funcionou bem e o diálogo e interação foram possíveis - com as divergências próprias, porque se houvesse consenso em relação a tudo, o problema seria muito mais fácil de resolver, não precisaríamos de sala de situação, muito menos de ação judicial.

Há um debate intercultural em que cabe às comunidades apresentarem suas reivindicações, e cabe ao Governo expor suas possibilidades e limites. Aí, então, este Juízo deliberará sobre o máximo que é possível para assegurar a vida e a saúde dos integrantes dessas comunidades.

## ADPF 709 MC-REF / DF

A segunda linha de medidas cautelares diz respeito aos povos indígenas em geral.

Presidente, eminentes Colegas, Senhor Advogado-Geral da União, Senhor Procurador-Geral da República, ilustres Advogados que participam deste julgamento, aí vem a questão mais difícil e complexa de todas em relação não só a este julgamento, mas relativamente à questão indígena, à questão ambiental e à questão fundiária no Brasil, que diz respeito à retirada dos invasores.

Disse, com todas as letras, em minha decisão, na ementa e no corpo da decisão, que a remoção de invasores de terras indígenas é medida imperativa, imprescindível e é dever da União. É inaceitável a inação do Governo Federal - não deste, não de um governo específico; de qualquer um e, talvez, de todos até aqui, em alguma medida -, em relação a esse fato: as invasões nas terras indígenas - inclusive porque essas invasões vêm associadas à prática de diferentes crimes ambientais. Não apenas a invasão de áreas demarcadas asseguradas constitucionalmente oferece grave risco às comunidades indígenas, como são para práticas de crimes. Crimes como desmatamento e queimadas - punidos por lei; extração ilegal de madeira e degradação da floresta.

Desmatamento e degradação são primos, mas não são a mesma coisa: desmatamento é retirar ostensivamente toda a vegetação da área, ao passo que degradação é retirar as árvores mais nobres, deixando o remanescente, mas aí a floresta já não consegue mais cumprir sua função ecológica, inclusive preservação das espécies, porque arrancar essas árvores nobres leva à extinção das espécies que elas abrigavam. Não é pequena a consequência da degradação, não é pequena a consequência do desmatamento.

O mundo não nos está olhando horrorizado por acaso. Há consequências para o ciclo da água, para a biodiversidade e para a mudança climática. Espero que o Brasil, por sua sociedade e seu governo, tenha acordado para a importância do papel que representamos para o mundo - com grande atraso, mas não tarde demais. Temos o dever de criar uma economia sustentável, sobretudo para a Amazônia, para que a

## ADPF 709 MC-REF / DF

preservação da floresta valha mais que a ambição de a derrubar. Como observou o pesquisador Beto Veríssimo, o desmatamento dos últimos quarenta anos elevou o produto interno bruto da Amazônia - onde estão a maior parte das comunidades indígenas - em mínimo percentual. Já destruímos quase 20% da floresta sem melhorar a qualidade de vida dos quase 25 milhões de pessoas que vivem naquela região.

Além da extração ilegal de madeira, temos também garimpo e mineração ilegais, que faz com que estados como Roraima sejam os principais exportadores de ouro do Brasil sem produzir nenhum grama, em prejuízo para o meio ambiente e para o País.

Faço a observação de que estas invasões nas terras indígenas se dão para a prática de crimes e, portanto, é importante para a preservação da Amazônia, investir em atividades econômicas alternativas e sustentáveis, para fazer com que a floresta valha mais de pé do que derrubada. Não reprimir esses crimes é gravíssimo, é um crime de lesa-pátria e incentivá-los ultrapassa todos os limites do absurdo.

Quanto à questão da retirada dos invasores, Presidente, disse eu, em minha decisão, sobre essa questão complexa, em relação à qual não quis fazer uma mera declaração de princípios, mas pensar em uma forma de enfrentar efetivamente o problema:

"Sobre o ponto, não há dúvida de que a remoção é imperativa e de que a presença de tais grupos em terras indígenas constitui violação do direito de tais povos ao seu território, à sua cultura e ameaça à sua vida e saúde. Está presente, portanto, a verossimilhança do direito alegado.

Entretanto, a situação não é nova, nem guarda relação com a pandemia. Trata-se de um problema social gravíssimo, presente em diversas terras indígenas e unidades de conservação, de difícil resolução, dado o grande contingente de pessoas (...)."

Observo que a própria petição inicial registrou que, apenas em uma das sete áreas, havia mais de vinte mil invasores. Não há, infelizmente, como equacionar e solucionar esse problema nos limites de uma medida cautelar e não tive a pretensão de resolvê-lo simplesmente com vontade política, caneta e tinta. É preciso um plano para isso. Digo eu mais, em



## ADPF 709 MC-REF / DF

minha decisão:

"É certo, porém, que a União deve se organizar para enfrentar o problema, que só faz crescer. Acrescente-se aqui, que segundo narrativa dos próprios requerentes, os autores da ação, o ingresso de pessoas estranhas às comunidades em suas terras gera o risco de contágio. Os requerentes inclusive atribuem tal contágio a equipes médicas do Ministério da Saúde de das Forças Armadas - consta da inicial.

Há, portanto, considerável *periculum in mora* inverso na determinação imediata da retirada tal como postulada, já que ela implicaria o ingresso de forças militares e policiais em terra indígena, em risco de conflito armado durante a pandemia e, por conseguinte, poderia agravar a ameaça já existente à vida de tais povos."

Com todo o respeito e consideração aos poderosos argumentos invocados da tribuna, ninguém deve imaginar que se retiram com um estalar de dedos, com uma canetada, vinte mil pessoas - só de uma das sete comunidades. É preciso planejamento, inclusive porque ninguém deseja uma guerra armada dentro da comunidade indígena. É preciso um plano e, possivelmente, uma realocação dessas pessoas, ou a mera retirada - não sei. O que sei, de minha experiência urbana mais do que de áreas de floresta, é que essas desocupações não são singelas, nem podem ser feitas com truculência, pura e simplesmente. Disse eu na decisão:

"Assim, é recomendável que se considere, por ora, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato."

O cordão sanitário é a medida emergencial que me ocorre mais do que o enfrentamento pela retirada.

Disse eu então, na minha decisão, quanto a esse ponto:

"Diante do exposto, defiro parcialmente a cautelar, para determinar a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou de providência alternativa apta a evitar o contato. "

## ADPF 709 MC-REF / DF

Sem prejuízo da elaboração de plano de desintrusão! Disse eu:

"Observo, porém, que é dever da União equacionar o problema das invasões e desenvolver um plano de desintrusão. Portanto, se nenhum plano for desenvolvido a respeito da desintrusão, voltarei ao tema."

Também aqui, pareceu-me mais adequado um diálogo institucional para que a União conceba, com recursos e cronograma próprios, essa desintrusão.

Não quis, com todo o respeito, alimentar a crença - que considero fantasiosa - de que pudesse ser singela a operação de retirar - se multiplicarmos vinte mil por sete, ou ainda que não fossem tantas pessoas - cinquenta, setenta mil pessoas, que não deveriam estar lá, à força de uma penada. É preciso planejamento, mas tem que ter planejamento.

Portanto, minha decisão é no sentido de que seja elaborado um plano de desintrusão, e não uma operação militar com risco de conflito e reação, que, de resto, com a entrada de tropas da Força Nacional, das Forças Armadas e da Polícia Federal, para implementar a medida, prejudicaria - assim penso - as comunidades. De resto, foi o único ponto, dentre as cautelares pedidas, que não atendi da maneira que foi pedido, porque acho que, se fosse viável, seria contraproducente.

Quanto aos demais pontos, Presidente, já caminhando para o fim desse voto, atendendo o pedido formulado na inicial, determinei a imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas. O Subsistema Indígena de Saúde, tal como vinha sendo prestado e interpretado pelo Governo, só era prestado nas comunidades indígenas aldeadas em terras homologadas, demarcadas e homologadas. Não se prestava essa assistência às comunidades indígenas aldeadas em terras não demarcadas ou não homologadas. Tanto a Sesai quanto a Funai limitavam esse atendimento às áreas homologadas, encaminhando, mesmo os aldeados em terras não homologadas, para o Sistema Único de Saúde - SUS, que desconhece as necessidades específicas e peculiaridades culturais desses

## ADPF 709 MC-REF / DF

povos.

Parece-me, com todas as vênias, errada essa posição da Sesai e da Funai, até porque - considero imprescindível essa observação - o Governo, por decisão política do Presidente - a meu ver, contestável em face da Constituição -, tem afirmado que não homologará sequer mais um centímetro de terra indígena - o que não é, com todas as vênias, uma questão de política discricionária, é uma questão de cumprimento da Constituição. Onde estejam preenchidos os requisitos constitucionais, esse é um ato vinculado.

Seja como for, havia aí uma contradição. Se o Governo não pretende homologar mais nenhuma área indígena e diz que, mesmo os aldeados em área homologada não receberão tratamento médico, a contradição era visceral e, portanto, a mim pareceu por bem estender o atendimento do Sesai também às comunidades aldeadas, ainda que em terras não homologadas.

Esse foi, então, o segundo item da cautelar deferida genericamente para todas as comunidades.

Ainda, Presidente, quanto aos indígenas não aldeados, ou seja, que vivem nas cidades, portanto, de certa forma, aculturados na área urbana, determinei que o Sistema Indígena de Saúde os atendesse, caso não tivessem acesso ao Sistema Único de Saúde. De novo, procurei proferir decisão que fosse equilibrada e pragmática.

Como a decisão já estendia aos índios não aldeados o acesso ao Sistema Indígena de Saúde, o que trará, como o Doutor Levi disse, sobrecarga ao Sistema, pareceu-me que, em medida cautelar, neste juízo provisório, os integrantes das comunidades indígenas que vivem na cidade, em áreas urbanas, fossem atendidos pelo Sistema Único de Saúde e, em faltando o sistema geral, aí sim, pelo sistema específico dos indígenas.

Para ser sincero, o que me pareceu ser o caso real aqui foi não impor uma sobrecarga que o sistema poderia não suportar. Não é nem que ache que os índios que vivem na cidade, que se urbanizaram, não possam ou não devam ter acesso a sistema específico, mas, neste momento, achei que

## **ADPF 709 MC-REF / DF**

poderia ser uma sobrecarga excessiva e, por essa razão - sempre lembrando que estamos em juízo cautelar, ainda virá uma decisão definitiva -, pesando essas circunstâncias, estabeleci esse limite.

Por fim, Presidente, a última decisão foi a determinação de elaboração e monitoramento de um plano de enfrentamento da covid-19, para os povos indígenas brasileiros, pela União, no prazo de trinta dias, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do grupo de trabalho indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva - ABRASCO, e participação do Ministério Público, Defensoria Pública e - após o Presidente Toffoli indicar representante do Conselho Nacional de Justiça para também participar do processo - Conselho Nacional de Justiça, além de uma representante do meu próprio gabinete.

Presidente, esta é a medida que trago à ratificação e que resumo da seguinte forma: quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento de contato recente, determinei a instalação de barreiras sanitárias e de sala de situação, com a participação das comunidades indígenas, do Ministério Público, da Defensoria Pública-Geral da União, do CNJ, do gabinete e de técnicos que a própria sala de situação venha a convocar.

Com relação aos povos indígenas em geral, no tocante à retirada dos invasores, determinei providência emergencial de um cordão sanitário de isolamento e a elaboração de um plano de desintrusão, que me pareceu pertinente determinar fosse elaborado em dez dias, prazo que estava dando para a medida cautelar.

Relativamente ao acesso dos índios aldeados em áreas não homologadas, determinei a extensão dos serviços específicos para indígenas. Em relação aos que estão em área urbana, determinei a extensão desses serviços específicos se o Sistema Único não os puder atender.

Considero muito importante a elaboração e monitoramento de um plano elaborado por grupo de trabalho no âmbito do Governo Federal. Como disse, um plano emergencial para os isolados e de contato recente

## **ADPF 709 MC-REF / DF**

foi apresentado nos últimos dias da semana passada; hoje vieram as manifestações, e, agora, vou apreciar os resultados e as ações propostas pelo Governo, para homologar um plano ou para determinar alguma complementação ou medida diversa, após ler as manifestações de todos os interessados que chegaram até o dia de hoje.

Presidente, é como estou encaminhando, pedindo aos eminentes Colegas, pelas razões que expus, a ratificação da medida cautelar concedida.